

# VU Research Portal

## De ijdele hoop van Pishchalnikov en Brusco. Reactie

Borgers, M.J.

### ***published in***

Nederlands Juristenblad  
2010

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J. (2010). De ijdele hoop van Pishchalnikov en Brusco. Reactie. *Nederlands Juristenblad*, 2818-2819.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De ijdele hoop van *Pishchalnikov* en *Brusco*. Reactie I

Matthias Borgers<sup>1</sup>

De uitspraken van het EHRM in de zaken *Salduz* en *Panovits* houden al twee jaar de strafrechtelijke gemeederen bezig. Heeft de verdachte nu wel of geen recht op aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor? Of volstaat de mogelijkheid van consultatie van de raadsman voorafgaand aan het eerste politieverhoor? Het zal genoegzaam bekend zijn dat de standpunten verdeeld zijn. Het wekt daarom geen verbazing dat er in de uitspraken die het EHRM na de zaken *Salduz* en *Panovits* heeft gewezen, naarstig wordt gezocht naar een antwoord op de zojuist genoemde vragen.

Alexander de Swart meent, zo blijkt uit een bijdrage aan dit tijdschrift van januari 2010, het antwoord te hebben gevonden in de uitspraak in de zaak *Pishchalnikov*.<sup>2</sup> Hij citeert enkele passages uit de overwegingen van het EHRM in deze zaak die betrekking hebben op de vraag of *Pishchalnikov* afstand zou hebben gedaan van zijn recht op bijstand van een raadsman. In deze passages spreekt het EHRM van 'his right to receive legal representations during the interrogations' en 'his right to be assisted by counsel during interrogation'. De Swart stelt dat, behoudens het geval dat de gebezigde formuleren een *slip of the pen* zouden zijn, het EHRM aldus het gelijk bevestigt 'van degenen die meenden dat aan de zaken *Salduz* en *Panovits* reeds een recht op bijstand door een raadsman tijdens de politieverhoren kon worden ontleend'. Een bevestiging van deze interpretatie van de zaak *Pishchalnikov* zou te vinden zijn, zo brengt De Swart in een onlangs verschenen bijdrage naar voren, in het oordeel van het EHRM in de zaak *Brusco*.<sup>3</sup> Daarin spreekt het EHRM onder andere van 'le droit d'être assisté d'un avocat (...) ainsi que pendant les interrogatoires'.

Het is evident dat het EHRM met de hiervoor geciteerde woorden

tot uitdrukking brengt dat in de fase van het politieverhoor de verdachte effectief gebruik moet kunnen maken van rechtsbijstand. Maar betekent dat zonder meer bijstand *tijdens* het verhoor?<sup>4</sup> Er zijn twee redenen die het naar mijn mening – ook nu weer – lastig maken om deze vraag van een duidelijk antwoord te voorzien. Allereerst wijs ik erop dat het EHRM in de zaken *Pishchalnikov* en *Brusco* op de keper beschouwd geen (wezenlijk) andere formuleringen bezigt dan in de zaken *Salduz* en *Panovits*. Zo wordt in de zaak *Salduz* gesproken van 'statements made during police interrogation without access to a lawyer', terwijl in de zaak *Panovits* de formulering 'the lack of legal assistance during an applicant's interrogation' wordt gehanteerd. De zaken *Pishchalnikov* en *Brusco* bieden wat dat betreft niets nieuws,<sup>5</sup> hoe interessant alle overwegingen van het EHRM ter zake van andere punten – zoals de vereisten die worden gesteld aan het doen van afstand van het recht van rechtsbijstand – ook mogen zijn.

Dat brengt mij tot een tweede opmerking. In de zaak *Pishchalnikov* gaat het – heel kort samengevat – om een verdachte die eerst nadat verschillende verhoren hebben plaatsgevonden, toegang tot een raadsman heeft gekregen. Die verhoren zijn dus niet bijgewoond door een raadsman, noch heeft *Pishchalnikov* tevoren een raadsman kunnen consulteren. Hetzelfde geldt voor de zaak *Brusco*, zo blijkt uit (onder andere) overweging 54 van de uitspraak van het EHRM: 'De advocaat was niet in staat hem [*Brusco*] te informeren over zijn recht te zwijgen en zichzelf niet te belasten noch hem bij te staan bij dit verhoor en bij de volgende (...)'.<sup>6</sup> Van de situatie waarin *wel* consultatie heeft plaatsgevonden, maar de raadsman *niet* bij het verhoor aanwezig mocht zijn, was in deze zaken geen sprake.

De uitspraken in de zaken

*Pishchalnikov* en *Brusco* spitsen zich dus eenvoudig niet toe op de vraag waarmee in Nederland wordt geworsteld: mag de vereiste rechtsbijstand in de fase van het politieverhoor uitsluitend bestaan uit de mogelijkheid van consultatie van de raadsman, zonder dat deze tot het verhoor zelf wordt toegelaten? Het is daarom ijdele hoop dat men in de uitspraak in de zaken *Pishchalnikov* en *Brusco* – of in een van de andere tot nu toe gewezen uitspraken – een onbetwistbaar antwoord vindt op die vraag. Derhalve kan op grond van de Straatsburgse rechtspraak niet onomstotelijk worden vastgesteld dat de huidige Nederlandse praktijk, waarin de verdachte voorafgaand aan het eerste politieverhoor een raadsman kan consulteren, in strijd is met art. 6 EVRM. Het tegenovergestelde kan men evenmin met zekerheid concluderen.

Betekent dit dat men nu maar moet wachten totdat het EHRM zich zal uitspreken in een zaak die specifiek is toegesneden op de Nederlandse situatie – dus *wél* consultatie voorafgaand, maar geen aanwezigheid tijdens het (eerste) politieverhoor – dan wel op een zaak waarin het EHRM in een *obiter dictum* expliciet uitsluitsel geeft over de betekenis van art. 6 EVRM in een dergelijke situatie? Misschien is het geen toeval dat de Straatsburgse wegen vooralsnog enigszins ondoordrongelijk zijn en wil het EHRM het vooral aan de lidstaten zelf overlaten om te bepalen in welke vorm de bijstand wordt verleend (aanwezigheid tijdens het verhoor dan wel consultatie vooraf en eventueel ook tijdens het verhoor, al dan niet in combinatie met audio- en videoregistratie). Indien dit correct is, betekent het dat van een strak Straatsburgs keurslijf geen sprake is, maar juist dat een zekere marge bestaat om te zoeken naar modaliteiten die een adequate rechtsbijstand in de fase van het

## Misschien is het geen toeval dat de Straatsburgse wegen vooralsnog enigszins ondoorgrondelijk zijn

politieverhoor mogelijk maken, maar die ook passen bij de Nederlandse strafrechtspleging. Voor die zoektocht zijn vooral de recent ver-

schenen resultaten van het WODC-onderzoek naar het experiment met de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor van groot belang.<sup>7</sup> Op grond van die resultaten kan veel beter worden beargumenteed in welke gevallen de raadsman bij het politieverhoor aanwezig zou moeten zijn, dan wanneer men zich blindstaart op de Straatsburgse rechtspraak. •

### Auteur

1. Prof. mr. M.J. Borgers is hoogleraar straf(proces)recht aan de VU Amsterdam.

### Noten

2. De Swart, 'Enkele ontwikkelingen na Salduz/Panovits: toch nog een advocaat bij het politieverhoor?', *NJB* 2010/166, afl. 4, p. 223-226. Het betreft EHRM 24 sep-

tember 2009, appl.nr. 7025/04.

3. De Swart, 'Update Salduz-doctrine: toch nog een advocaat bij het politieverhoor. Part II', *NJB* 2010/2190, afl. 42, p. 2692-2695. Het betreft EHRM 14 oktober 2010, appl.nr. 1466/07.

4. Ik beperk mij hier tot volwassen verdachten. Jeugdige verdachten kunnen wel aanspraak maken op bijstand van een raadsman of een andere vertrouwenspersoon tijdens het verhoor.

5. Vgl. ook Hermans, 'Enkele misvattingen aangaande het recht op toegang tot een advocaat', *Trema* 2010, p. 341, Hof Amsterdam 17 november 2010, *LJN* BO4356 en Hof Arnhem 29 november 2011, *LJN* BO5301.

6. Ik hanteer hier de vertaling zoals die te vinden is in de bijdrage van De Swart.

7. Stevens & Verhoeven, *Raadsman bij politieverhoor*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010. Zie ook Stevens & Verhoeven, 'Raadsman bij het politieverhoor vraagt om maatwerk', *NJB* 2010/2189, afl. 42, p. 2686-2691.

2287

## Naschrift

Alexander de Swart<sup>1</sup>

Borgers en ik zijn het erover eens dat uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat de verdachte effectief gebruik moet kunnen maken van rechtsbijstand tijdens de fase van politieverhoren. Onze opvattingen lopen enigszins uiteen ten aanzien van de vraag of uit de rechtspraak van het EHRM een recht op aanwezigheid van de raadsman bij de verhoren kan worden afgeleid.

Borgers wijst erop dat in de door mij genoemde zaken geen sprake was van de situatie waarin de verdachte wel een raadsman had kunnen consulteren, maar deze raadsman niet bij de verhoren aanwezig mocht zijn. Mijns inziens volgt echter uit dit gegeven eens temeer dat het Hof aan art. 6 EVRM wel degelijk een recht op bijstand bij de verhoren ontleent. Zou dat anders zijn, dan had het EHRM immers eenvoudigweg kunnen volstaan met het oordeel dat art. 6 EVRM geschonden was, nu de verdachte niet vóór het eerste en vóór de daaropvolgende verhoren overleg had kunnen

voeren met een raadsman. In *Brusco* had alsdan letterlijk een punt gezet kunnen worden achter de overweging: "De advocaat was dus niet in staat hem te informeren over zijn recht te zwijgen en zichzelf niet te belasten voor zijn [eerste] ondervraging (...)." Het Hof ging echter aanmerkelijk verder en vervolgde de overweging met: "(...) noch hem bij te staan bij dit verhoor en bij de volgende, zoals vereist door artikel 6 van de Conventie."

Het is een illusie dat een advocaat bij een verhoor een verdachte effectief zou kunnen bijstaan, terwijl hij zelf niet fysiek bij het verhoor aanwezig is. De raadsman heeft onder meer als taak, aldus het EHRM, te verzekeren dat het recht van de verdachte zichzelf niet te belasten wordt gerespecteerd.<sup>2</sup> Daarnaast dient de raadsman erop toe te zien dat er geen ongeoorloofde druk op de verdachte wordt uitgeoefend.<sup>3</sup> In beginsel zal de raadsman deze taken niet (goed) kunnen vervullen, wanneer hij tijdens de verhoren verplicht afwezig is. Dat blijkt

eens temeer uit de navolgende overweging in het door Borgers aangehaalde WODC-onderzoeksrapport:

"Daarbij laten de bevindingen zien dat de politie geneigd is de verdachte te intimideren wanneer hij gebruik maakt van zijn zwijgrecht. Hieruit kan opgemaakt worden dat het intimideren van de verdachte een belangrijke strategie is voor de politie in een poging de weerstand van de verdachte te breken. Daarbij kan voorzichtig geconcludeerd worden dat de advocaat door zijn aanwezigheid erop toe kan zien dat dit niet uit de hand loopt."<sup>4</sup>

Ten slotte wijs ik erop dat het EHRM inderdaad 'slechts' toetst of de door lidstaten gekozen methode om invulling te geven aan het recht op rechtsbijstand aan de eisen van een eerlijk proces voldoet. Lidstaten hebben daarbij de keuzevrijheid aangaande de wijze waarop in het nationale recht uitvoering aan dit recht wordt gegeven.<sup>5</sup> Uit het *Salduz*-arrest blijkt echter wederom dat dit uitgangspunt